

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Fourniture transfrontière de service de jeux et paris

Pérez Asinari, María Verónica

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Pérez Asinari, MV 2005, 'Fourniture transfrontière de service de jeux et paris: quand les règles de l'AGCS sont mises hors du jeu du fait de l'exception de moralité publique/ordre public', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 23, p. 41-56.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Fourniture transfrontière de service de jeux et paris : quand les règles de l'AGCS sont mises hors jeu du fait de l'exception de « moralité publique/ordre public »

María Verónica PÉREZ ASINARI^{1 2}

1. Introduction

Les jeux et paris sur Internet sont désormais une affaire florissante. N'importe quel utilisateur d'Internet, sauf à employer des filtres ou un *browser* qui empêche l'apparition des *pop-up windows* et des bannières publicitaires, aura déjà vu de nombreuses invitations à participer à ce type d'activités. Les bénéfices générés par ce marché sont colossaux³ (ce qui s'est accompagné dans

certains États de l'imposition d'un système fiscal de taxes applicables aux produits de luxe⁴). Néanmoins, les gouvernements ont plutôt tendance à être restrictifs à l'égard des jeux et paris, spécialement à l'égard des jeux de type transfrontalier. Ils tentent de maintenir certains monopoles⁵, ils soupçonnent *a priori* le joueur transfrontalier de tremper dans la criminalité organisée ou

1. Le présent article n'exprime que l'avis personnel de l'auteur.
2. L'auteur tient à remercier Madame la Professeure Cécile de TERWANGNE et Monsieur le Professeur Yves POULLET pour la précieuse aide apportée lors de l'élaboration de la présente contribution.
3. «In a recent report, gaming analysts estimate that in 2003 revenues from Internet gambling industrywide will be \$5.0 billion, or approximately 4.3 percent of the total \$116 billion in business-to-consumer global e-commerce. In the view of gaming analysts, the international markets (non-US customers) represent the future of the industry's growth» (United States General Accounting Office, Report to Congressional Requesters, *Internet Gambling. An Overview of the Issues*, December 2002, p. 6, disponible à : <http://www.gao.gov/new.items/d0389.pdf>, dernière consultation le 27 avril 2005).
4. «(...) Great Britain taxes legal betting operations very heavily. Some of the best known operators are moving to other parts of the British Commonwealth. Ladbrokes, for example, calls itself the world's biggest bookmaker. Its website is licensed by the government of Gibraltar. Ladbrokes.com, launched in February 2000, highlights repeatedly that bettors pay no tax. The loss of not just future tax revenue from online wagers but existing tax revenue from wagers placed by telephone and in person is forcing the government to reexamine its present position of simply ignoring Internet gambling» (N. ROSE, «Gambling and the Law: The Future Legal Landscape for Internet Gambling», <http://www.gamblingandthelaw.com/antigua.html>, dernière consultation le 27 avril 2005).
5. Par ex., le Danemark a adopté le *Danish Act on Certain Games, Lotteries and Bets*. Ce texte déclare illégal, pour tout fournisseur de service qui opère sous une licence de jeu d'un autre État que le Danemark, le fait de faire la publicité, de faciliter la participation ou d'offrir des services de jeu (voy. European Commission Press Releases, «Free movement of services: Commission inquires into Danish restrictions on sports betting», disponible à : <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/401&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>, dernière consultation le 27 avril 2005).

d'adopter des comportements attentatoires à la moralité publique⁶.

La Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) est intervenue dans plusieurs cas à cet égard, avant même l'explosion de l'industrie des jeux sur Internet. La plupart des cas concernent des obstacles imposés dans les États membres à la liberté de fourniture de ce type de services. Cependant, à l'occasion de l'affaire *Schindler*, la C.J.C.E. a jugé que « [l]es dispositions du traité relatives à la libre prestation des services ne s'opposent pas à une législation du type de la législation britannique sur les loteries compte tenu des préoccupations de politique sociale et de prévention de la fraude qui la justifient »⁷. L'affaire *Läärä*⁸ a été résolue dans les mêmes termes. Mais, il y a lieu de constater que dans des affaires postérieures, telles que les affaires *Zenatti*⁹ et *Gambelli*¹⁰, la C.J.C.E. a souligné la nécessité de proportionnalité dans les restrictions imposées, à la lumière des objectifs qui justifieraient leur adoption.

Récemment, l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a dû intervenir dans une affaire concernant certaines objections à l'encontre de la limitation de la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris¹¹. Pour la première fois, l'Organe d'appel de l'OMC a pris une décision sur la base de l'exception générale de l'AGCS (Accord général sur le commerce des services) exprimée dans l'article XIV. C'est d'ailleurs la première fois que l'exception de « moralité publique » est prise en considération au niveau de l'OMC¹². En fait, l'article XIV AGCS prévoit la possibilité pour un État membre de ne pas appliquer les règles de l'AGCS si certaines conditions sont présentes, et pourvu que des objectifs d'ordre public soient en jeu.

La présente contribution vise, tout d'abord, à évaluer la méthodologie suivie par l'Organe d'appel de l'OMC pour aboutir à sa décision dans l'affaire en question, particulièrement en ce qui concerne l'application de l'article XIV AGCS. Les termes du raisonne-

6. «Representatives of law enforcement agencies, regulatory bodies, and the credit card and gaming industries expressed mixed views regarding the vulnerability of Internet gambling to money laundering. Law enforcement officials said they believed that Internet gambling could potentially be a powerful vehicle for laundering criminal proceeds at the relatively obscure 'layering' stage of money laundering. 11 They cited several characteristics of Internet gambling that they believed made it vulnerable to money laundering, including the volume, speed, and international reach of Internet transactions and the offshore locations of Internet gambling sites. In their view, these characteristics promoted a high level of anonymity and gave rise to complex jurisdictional issues. Law enforcement officials acknowledged the lack of adjudicated cases involving money laundering through Internet gambling sites but cited what they believed to be contributing factors, including the lack of any industry regulations or oversight. Banking and gaming regulatory officials did not view Internet gambling as being particularly susceptible to money laundering, especially when credit cards, which create a transaction record and are subject to relatively low transaction limits, are used for payment. Likewise, credit card and gaming industry officials did not believe Internet gambling posed any particular risks in terms of money laundering. Gaming industry officials did not believe that Internet gambling was any more or less susceptible to money laundering than other types of electronic commerce and pointed out that, in their view, the financial industry, which is responsible for the payments system, is better suited to monitoring for suspicious activity in the area than the gaming industry itself» (United States General Accounting Office, Report to Congressional Requesters, *Internet Gambling. An Overview of the Issues*, op. cit., p. 5).
7. C.J.C.E., 24 mars 2004, aff. C-275/92, Rec., 1994, p. I-1039.
8. C.J.C.E., 21 septembre 1999, aff. C-124/97, Rec., 1999, p. I-6067.
9. C.J.C.E., 21 octobre 1999, aff. C-67/98, Rec., 1999, p. I-7289.
10. C.J.C.E., 6 novembre 2003, aff. C-243/01, non encore publié au Rec.
11. OMC, «Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris», WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, disponible à : http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e/285abr_e.pdf, dernière consultation le 2 mai 2005. Voy. égal. OMC, «Rapport du Groupe spécial, États-Unis — Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris», WT/DS285/R, 10 novembre 2004, disponible à : http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e/285r_e.pdf, dernière consultation le 2 mai 2005.
12. Pour une étude sur l'art. XX, voy. S. CHARNOVITZ, «The Moral Exception in Trade Policy», *Virginia Journal of International Law*, Summer 1998, disponible à : <http://www.worldtradelaw.net/articles/charnovitzmoral.pdf>.

ment développé par l'Organe d'appel présentent un grand intérêt pour les États membres à l'heure de conduire des analyses de risques avant d'adopter certaines mesures qui pourraient constituer des barrières au commerce, mais qui répondent à des objectifs d'ordre public importants. Les entreprises¹³ désireuses de fournir des services électroniques susceptibles d'être bloqués par ce type de barrières peuvent aussi évaluer la légitimité du pays en question pour imposer ces barrières, au regard des exigences décrites dans la méthodologie développée par l'Organe d'appel. Jusqu'à présent, des exceptions ont été invoquées dans des affaires où l'on pouvait s'appuyer sur des preuves scientifiques, ainsi dans des cas relatifs aux questions de santé ou d'environnement. Toutefois, les sociétés peuvent faire des choix politiques basés sur l'éthique, l'histoire, les droits fondamentaux, etc., domaines dans lesquels la preuve devient plus difficile à produire. Par ailleurs, on constate que la mise en place de services électroni-

ques, transfrontaliers par nature, augmentera concomitamment le besoin d'effectuer une évaluation de ce genre, tout particulièrement dans les secteurs économiques où des engagements ont été pris dans le cadre de l'OMC.

Par la suite, dans une deuxième partie, on entamera une réflexion sur l'incidence de l'affaire analysée dans la discussion portant sur le rôle de l'OMC dans la régulation de l'internet. En fait, la probabilité d'une intégration politique plus avancée dans le cadre de l'OMC semble trop ténue pour permettre de parler de «régulation de l'internet» à un niveau général. Cet article soutient que le recours aux exceptions pour les domaines exclus du champ d'application matériel des Accords OMC représente une méthodologie préférable si des règles venaient à être adoptées pour réglementer les spécificités du commerce électronique (au sens large, incluant les questions liées au commerce de marchandises, aux services et à la propriété intellectuelle).

2. L'affaire

L'État Antigua-et-Barbuda (Antigua) a déposé une plainte au Groupe spécial de l'OMC (Panel) à l'encontre de certaines mesures adoptées dans des lois d'États fédérés américains¹⁴ et des lois fédérales qui déclarent illégale la fourniture des services de jeux et paris par des fournisseurs établis à l'extérieur des États-Unis d'Amérique à des consommateurs établis dans le territoire US. Antigua prétendait que les restrictions imposées par les États-Unis résultaient en une «prohibition totale» de fourniture transfrontalière desdits servi-

ces, ce qui est contraire aux obligations des USA dans le cadre de l'AGCS. Antigua soutenait que c'était contraire aux engagements pris par les États-Unis. Par conséquent, selon Antigua, étant donné que les États-Unis ont pris des engagements sans limitation en matière d'accès aux marchés et de traitement national, les mesures en cause étaient incompatibles avec leurs obligations découlant tant de la Liste annexée à l'AGCS, que des articles VI, XI, XVI, et XVII de l'AGCS.

13. Étant donné que les parties privées n'ont pas la possibilité de plaider au niveau de l'OMC, le secteur des services électroniques en question doit être considérable au point qu'un pays décide d'utiliser l'Organe de règlement des différends.

14. La prise en compte des lois étatiques a été exclue par l'ORD.

Les lois fédérales visées par le recours sont le *Wire Act*, le *Travel Act* et le *Illegal Gambling Business Act*¹⁵.

Les États-unis soutiennent qu'ils ont exclu «les services sportifs» de leurs engagements, ce qui comprend les «jeux et paris», entendus dans leur sens ordinaire anglais. Ils signalèrent également qu'aucune des lois des États fédérés et lois fédérales des États-unis n'impose

une limitation du nombre de fournisseurs de services «sous forme de contingents numériques» ni de limitations des opérations de services ou des services produits «exprimées en unités numériques déterminées sous forme de contingents». Les États-unis ont aussi souligné que les lois en question sont justifiées au regard des paragraphes (a) et (c) de l'article XIV de l'AGCS.

3. Méthodologie pour l'application de l'article XIV (exceptions de l'AGCS)

Dans un article précédent¹⁶, une méthodologie axée en quatre phases avait été identifiée par le biais d'une évaluation de l'application faite par l'ORD de l'article XX des exceptions du GATT. Cette méthodologie, qui permet

de vérifier l'application des exceptions des règles de l'OMC, comporte les quatre phases suivantes:

- *première phase*: déterminer si la mesure en question est contraire à une règle de l'AGCS;

15. La partie pertinente du *Wire Act* (18 U.S.C. § 1084) stipule: «Whoever being engaged in the business of betting or wagering knowingly uses a wire communication facility for the transmission in interstate or foreign commerce of bets or wagers or information assisting in the placing of bets or wagers on any sporting event or contest, or for the transmission of a wire communication which entitles the recipient to receive money or credit as a result of bets or wagers, or for information assisting in the placing of bets or wagers shall be fined under this title or imprisoned not more than two years, or both».

En ce qui concerne le *Travel Act* (18 U.S.C. § 1952), c'est l'extrait suivant qui doit être pris en considération: «(a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to:

- (1) distribute the proceeds of any unlawful activity; or
 - (2) commit any crime of violence to further any unlawful activity; or
 - (3) otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity, and thereafter performs or attempts to perform:
- (A) an act described in paragraph (1) or (3) shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both; or
- (B) an act described in paragraph (2) shall be fined under this title, imprisoned for not more than 20 years, or both, and if death results shall be imprisoned for any term of years or for life.

(b) As used in this section (i) 'unlawful activity' means (1) any business enterprise involving gambling ... in violation of the laws of the State in which they are committed or of the United States».

La partie pertinente du *Illegal Gambling Business Act* (18 U.S.C. § 1955) énonce: «(a) Whoever conducts, finances, manages, supervises, directs or owns all or part of an illegal gambling business shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

(b) As used in this section:

- (1) 'illegal gambling business' means a gambling business which:
 - (i) is a violation of the law of a State or political subdivision in which it is conducted;
 - (ii) involves five or more persons who conduct, finance, manage, supervise, direct, or own all or part of such business; and
 - (iii) has been or remains in substantially continuous operation for a period in excess of thirty days or has a gross revenue of \$2,000 in any single day.
- (2) 'gambling' includes but is not limited to pool-selling, bookmaking, maintaining slot machines, roulette wheels or dice tables, and conducting lotteries, policy, bolita or numbers games, or selling chances therein».

16. M.V. PÉREZ ASINARI, «The WTO and the Protection of Personal Data. Do EU Measures Fall within GATS Exception? Which Future for Data Protection within the WTO e-Commerce Context?», BILETA Conference, *Controlling Information in the Online Environment*, Institute of Computer & Communications law, Queen Mary, University of London, Londres, 14 et 15 avril 2003, disponible à: <http://www.bileta.ac.uk/03papers/perez.html>, dernière consultation le 20 janvier 2005. Voy. égal. M.V. PÉREZ ASINARI, «Is there any Room for Privacy and Data Protection within the WTO Rules?», *The Electronic Communications Law Review*, vol. 9, n° 4, 2002, pp. 249-280.

- *deuxième phase*: évaluer si les lois ou réglementations par lesquelles la conformité est assurée («with which compliance is being secured») ne sont pas elles-mêmes contraires à l'Accord Général;
- *troisième phase*: évaluer si les mesures sont nécessaires pour assurer le respect de ces lois et réglementations;
- *quatrième phase*: évaluer si ces mesures ne sont pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services.

Cependant, dans le cas de l'AGCS, il faut tenir compte des engagements spécifiques signés par les pays en question dans le secteur du service examiné, ce qui précédera l'application de la «méthodologie en quatre phases»¹⁷. En outre, en ce qui concerne le «traitement de la nation la plus favorisée», il faut tenir compte du fait que l'État membre peut maintenir une mesure contraire à cette règle pourvu que la mesure en cause soit incluse dans la Liste de l'Annexe sur les exceptions de l'article II et en respecte les conditions.

Dans les pages qui suivent, on entend exposer les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Antigua*, dans la seule mesure où elles sont perti-

nentes pour une évaluation de la méthodologie utilisée pour appliquer l'exception.

45

1. Constatations de l'Organe d'appel

L'Organe d'appel a, tout d'abord, fait mention des arguments avancés par les parties concernées. Ensuite, il a analysé les points soulevés dans l'appel: (a) les mesures en question; (b) l'interprétation des engagements spécifiques pris par les États-Unis dans la Liste annexée à l'AGCS; (c) l'article XVI de l'AGCS: accès au marché; et (d) l'article XIV de l'AGCS: exceptions générales. En considérant ce scénario, il est possible d'examiner comment l'Organe d'appel a utilisé la méthodologie pour l'application des exceptions de l'article XIV de l'AGCS. Dans les paragraphes suivants, on s'attache à effectuer un bref exposé de ces constatations.

a. Les mesures en question

Les parties ont développé une controverse concernant la «mesure» en discussion. En conséquence, l'Organe d'appel a révisé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la «prohibition totale» de fourniture transfrontière de services de jeux et paris ne peut pas constituer une mesure autonome susceptible d'être mise en question *per se*. Ensuite, il s'est penché sur la question de savoir si une «pratique»

17. «Ce n'est qu'en se référant à la liste d'engagements d'un pays, et (le cas échéant) à sa liste d'exemptions du traitement NPF, que l'on peut voir à quels secteurs de services et selon quelles conditions les principes fondamentaux de l'AGCS – accès aux marchés, traitement national et traitement NPF – s'appliquent dans la juridiction de ce pays. Les listes sont des documents complexes dans lesquels chaque pays identifie les secteurs de services auxquels il appliquera les obligations énoncées dans l'AGCS en matière d'accès aux marchés et de traitement national et les éventuelles exceptions à ces obligations qu'il souhaite maintenir. Dans chaque cas, les engagements et limitations sont indiqués pour chacun des quatre modes de fourniture qui constituent la définition du commerce des services donnée à l'article premier de l'AGCS – fourniture transfrontières, consommation à l'étranger, présence commerciale et présence de personnes physiques (...)» OMC, «Guide pour la lecture des listes d'engagements spécifiques et des listes d'exemptions de l'article II (NPF) annexes à l'AGCS», disponible à: http://www.wto.int/french/tratop_f/serv_f/guide1_f.htm, dernière consultation le 21 avril 2005.

peut être entendue en tant que « mesure autonome ». Enfin, l'Organe d'appel a évalué les arguments des États-Unis concernant le fait qu'Antigua n'avait pas établi *prima facie* que telle ou telle mesure américaine particulière était incompatible avec telle ou telle disposition de l'AGCS.

Dans ses conclusions, l'Organe d'appel a considéré que le Groupe spécial ne s'était pas trompé en évaluant si le *Wire Act*, le *Travel Act* et l'*Illegal Gambling Business Act* étaient compatibles avec les obligations des États-Unis vis-à-vis de l'article XVI. On peut donc considérer que les mesures objets de la cause sont la partie pertinente de ces régulations susceptible d'affecter la fourniture transfrontalière des services de jeux et paris.

b. Interprétation des engagements spécifiques pris par les États-Unis dans la Liste annexée à l'AGCS

Les États-Unis ont contesté la conclusion selon laquelle leurs engagements listés dans l'annexe à l'AGCS incluent des engagements spécifiques visant les services de jeux et paris dans le sous-secteur 10.D. Ils ont argumenté qu'en excluant les services de sport du champ d'application du sous-secteur 10.D de la Liste annexée à l'AGCS, ils excluent les services de jeux et paris du champ des engagements spécifiques assumés dans cet instrument (voy. le tableau p. 47).

L'Organe d'appel a utilisé les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne relative aux Traités, en concluant qu'une interprétation correcte, en concordance avec les principes énoncés dans cet instrument juridique, conduit au même résultat que celui atteint par le Groupe spécial. La Liste annexée à l'AGCS doit donc être interprétée comme contenant des engagements

spécifiques par rapport au secteur de jeux et paris.

c. Article XVI de l'AGCS : accès au marché

L'article XVI de l'AGCS stipule ce qui suit:

« 1. En ce qui concerne l'accès aux marchés suivant les modes de fourniture identifiés à l'article premier, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste (8).

2. Dans les secteurs où des engagements en matière d'accès aux marchés seront contractés, les mesures qu'un Membre ne maintiendra pas, ni n'adoptera, que ce soit au niveau d'une subdivision régionale ou au niveau de l'ensemble de son territoire, à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans sa Liste, se définissent comme suit:

- a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques (9);

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE – LISTE D'ENGAGEMENTS SPÉCIFIQUES

Modes de fourniture: 1) Fourniture transfrontière 2) Consommation à l'étranger 3) Présence commerciale 4) Présence de personnes physiques

Secteur ou sous-secteur	Limitations concernant l'accès aux marchés	Limitations concernant le traitement national	Engagements additionnels
II. ENGAGEMENTS SECTORIELS			
...			
10. SERVICES RÉCRÉATIFS, CULTURELS ET SPORTIFS			
A. SERVICES DE SPECTACLES (Y COMPRIS THÉÂTRE, ORCHESTRES ET CIRQUES)	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Non consolidé, sauf comme indiqué sous « Engagements horizontaux »	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Néant	
B. SERVICES D'AGENCE DE PRESSE	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Non consolidé, sauf comme indiqué sous « Engagements horizontaux »	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Néant	
C. LIBRAIRIES, ARCHIVES, MUSÉES ET AUTRES SERVICES CULTURELS	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Non consolidé, sauf comme indiqué sous « Engagements horizontaux »	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Néant	
D. AUTRES SERVICES RÉCRÉATIFS (à l'exclusion des services sportifs)	1) Néant 2) Néant 3) Le nombre des concessions pour les activités commerciales dans des établissements fédéraux, d'Etat ou locaux est limité 4) Non consolidé, sauf comme indiqué sous « Engagements horizontaux »	1) Néant 2) Néant 3) Néant 4) Néant	

- d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique, et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;
- e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entité juridique ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service; et
- f) limitations concernant la participation de capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers globaux.».

Cette disposition énonce donc certaines obligations relatives à l'accès au marché que les États membres doivent respecter dès qu'ils souscrivent à des engagements spécifiques. Compte tenu de ce que les États-Unis ont pris des engagements vis-à-vis du sous-secteur des jeux et paris, le Groupe spécial a évalué la compatibilité des mesures en question au regard des obligations américaines découlant de l'article XVI.

Antigua plaidait que les mesures en question interdisaient la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris, ce qui représente une limitation quantitative entrant dans le champ des sous-paragraphes (a) et (c) de l'article XVI. Le Groupe spécial a considéré que cette interdiction résultait en un «quota zéro» et, donc, constituait une limitation du nombre de fournisseurs de ser-

vices, au sens de l'article XVI, 2(a), de même qu'une limitation du nombre total des opérations de services ou de la quantité de services produits, au sens de l'article XVI, 2(c). Les États-Unis ont fait appel contre l'interprétation du Groupe spécial, en soulignant qu'aucune des mesures en question ne représente des unités numériques ni n'est exprimée sous forme de quotas.

L'Organe d'appel est arrivé à la conclusion qu'une interdiction de la fourniture à distance de services de jeux et paris, revenant à un «quota zéro», équivaut à une limitation quantitative et correspond de ce fait à une «limitation du nombre de fournisseurs de services» au sens de l'article XVI, 2(a), ainsi qu'à une «limitation du nombre total d'opérations de services ou de la quantité totale de services produits» au sens de l'article XVI, 2(c).

d. Article XIV de l'AGCS : exceptions générales

Enfin, l'Organe d'appel a analysé la défense des États-Unis dans le cadre de l'article XIV de l'AGCS. Cet article énonce:

«Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures:

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public;
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
- c) nécessaires pour assurer le res-

pect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent:

- i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services;
- ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels;
- iii) à la sécurité;
- d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres;
- e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié».

1. Justification des mesures au nom du paragraphe (a) de l'article XIV

Cette règle concerne les mesures «nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public». Le Groupe spécial a considéré que les lois fédérales américaines en question peuvent être considérées comme des mesures d'un tel type. Toutefois, Antigua n'était pas d'accord

avec ce raisonnement, principalement du fait que le Groupe spécial n'avait pas démontré que les préoccupations mises en avant par les États-Unis («blanchiment d'argent, crime organisé, fraude, pratique du jeu par les mineurs et jeu pathologique»¹⁸) satisfaisaient la condition établie dans la note de bas de page n° 5 de l'article XIV(a) de l'AGCS: «L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société.». L'Organe d'appel a jugé que le Groupe spécial n'était pas tenu d'établir explicitement, de façon additionnelle et séparée, si la condition de la note de bas de page n° 5 était rencontrée.

Dans une deuxième partie de l'analyse, le Groupe spécial s'est penché sur la «nécessité» des *Wire Act*, *Travel Act* et *IGBA Act*. Il a constaté que les États-Unis n'avaient pas démontré la «nécessité» de ces mesures. Cette constatation était basée sur le raisonnement suivant: (i) les intérêts et valeurs protégés par les lois en question servent des intérêts sociétaux très importants qui peuvent être qualifiés de «vit[aux] et important[s] au plus haut point»; (ii) ces lois favorisent la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent aux États-Unis; (iii) les mesures en question ont une incidence importante sur le commerce; et (iv) alors que les États-Unis ont des préoccupations spécifiques légitimes, ils ont refusé l'invitation d'Antigua d'engager des consultations et/ou des négociations bilatérales et/ou multilatérales pour déterminer s'il y avait un moyen de répondre à de telles préoccupations d'une manière compatible avec les règles de l'OMC. Chaque partie a fait appel contre des aspects différents de ce raisonnement.

18. Rapport du Groupe spécial, § 6.486.

En ce qui concerne la démonstration de la «nécessité» de la mesure, l'Organe d'appel a affirmé que la description par un État membre des objectifs de la mesure et de l'efficacité de l'approche régulatrice choisie – tels que prouvés, par exemple, par des textes de lois, l'histoire législative, des décisions adoptées par les agences du gouvernement ou par des fonctionnaires – est pertinente pour la détermination objective de la nécessité de cette mesure. Cependant, les Groupes spéciaux ne sont pas liés par ces descriptions et peuvent, bien évidemment, chercher la preuve dans d'autres éléments. La «nécessité» implique qu'il n'y ait pas d'autre alternative, «raisonnablement disponible» et compatible avec les règles de l'OMC, à laquelle l'État membre puisse recourir pour atteindre le niveau de protection désiré.

L'Organe d'appel a ajouté: «311. Si, toutefois, la partie plaignante invoque une mesure de rechange compatible avec les règles de l'OMC qu'à son avis la partie défenderesse aurait dû adopter, la partie défenderesse sera tenue de démontrer pourquoi sa mesure contestée reste néanmoins 'nécessaire' à la lumière de la mesure de rechange en question ou, autrement dit, pourquoi la mesure de rechange proposée n'est pas, en fait, 'raisonnablement disponible'. Si une partie défenderesse démontre que la mesure de rechange n'est pas 'raisonnablement disponible', compte tenu des intérêts ou des valeurs recherchés et du niveau de protection souhaité par la partie, il s'ensuit que la mesure contestée doit être 'nécessaire' aux termes de l'article XIV a) de l'AGCS».

Par ailleurs, l'Organe d'appel a spécifié que la nécessité des trois lois en cause ne devait pas être analysée en rapport avec les possibilités de consultation avec Antigua, car les consultations ne peuvent pas être qualifiées de mesure alternative raisonnablement dis-

ponible au regard de laquelle une mesure mise en cause doit être comparée.

Dès lors, après ces considérations préliminaires, la «nécessité» des lois américaines elles-mêmes fut étudiée. Le Groupe spécial avait reconnu l'«incidence importante sur le commerce» des lois fédérales. Néanmoins, il a atténué cette reconnaissance en énumérant certaines caractéristiques et préoccupations liées à la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris, à savoir: i) «le volume, la rapidité et la portée internationale des transactions de jeux à distance»; ii) l'«anonymat quasi total de ces transactions»; iii) les «obstacles peu élevés à l'entrée dans le contexte de la fourniture à distance de services de jeux et paris»; iv) l'«environnement isolé et anonyme dans lequel un tel jeu a lieu».

L'Organe d'appel a jugé cette analyse révélatrice du fait que le Groupe spécial donnait plus d'importance aux circonstances mentionnées qu'à l'incidence majeure sur le commerce. De plus, étant donné qu'Antigua n'a pas proposé de mesure alternative raisonnable et que le Groupe spécial n'a examiné aucune mesure de cette sorte, et, considérant que les États-Unis ont apporté la preuve *prima facie* de la nécessité de la mesure en cause, l'Organe d'appel conclut que les États-Unis ont démontré que leurs lois étaient «nécessaires» et, par conséquent, justifiées au regard du paragraphe (a) de l'article XIV.

2. Le texte introductif de l'article XIV

Antigua a allégué que le Groupe spécial a commis une erreur en centrant la discussion concernant le texte introductif de l'article XIV sur la fourniture transfrontalière de jeux et paris et non sur l'ensemble de l'industrie des jeux et paris. L'Organe d'appel jugea que,

compte tenu du fait que c'est précisément la fourniture «transfrontalière» des services qui a donné lieu à des préoccupations particulières, il n'y avait pas d'erreur à effectuer cette distinction afin d'analyser l'existence de discriminations dans l'application des trois lois fédérales.

Ensuite, l'Organe d'appel s'est penché sur deux exemples prétendument révélateurs de la discrimination que les mesures en cause faisaient naître entre les fournisseurs nationaux et étrangers, contrairement à la position défendue par les États-Unis en rapport au texte introductif de l'article XIV.

Le premier exemple était basé sur des preuves peu concluantes de prétendus cas d'absence d'exécution des trois lois fédérales. Il a été considéré que la signification appropriée à donner à des cas isolés d'exécution ou d'absence d'exécution de la loi ne pouvait être déterminée en l'absence d'éléments de preuve suffisants. La constatation du Groupe spécial a donc été infirmée par l'Organe d'appel.

Le deuxième exemple était basé sur «l'ambiguïté» qui pèse sur le champ d'application du *Interstate Horseracing Act* (IHA), lequel peut être entendu comme autorisant certains types de services de paris à distance pour les courses de chevaux aux États-Unis, ce qui peut découler sur une différence entre les mesures appliquées aux fournisseurs de services étrangers et locaux. Les États-Unis, selon l'Organe d'appel, auraient pu (ce qu'ils n'ont pas fait) apporter un argument additionnel pour démontrer que, même si une telle discrimination existait, elle n'était ni arbitraire ni injustifiable. Pour cette raison, l'Organe d'appel a estimé que les États-Unis n'avaient pas établi dûment que ces mesures respectaient les exigences inscrites dans la partie introductive de l'article XIV.

Par conséquent, l'Organe d'appel a recommandé que l'ORD demande aux États-Unis d'effectuer les démarches nécessaires pour rendre les mesures au centre des débats conformes aux règles de l'AGCS.

2. Cohérence entre la méthodologie suivie dans la présente affaire et l'application des exceptions de l'article XX du GATT dans des affaires antérieures. Réflexions pour la construction d'un nouveau modèle d'analyse du risque

Si une comparaison devait être faite avec la méthodologie axée en quatre phases (utilisée dans les affaires mettant en cause l'article XX du GATT), on observerait qu'il y a, en général, une cohérence avec l'évaluation à laquelle il fut procédé dans l'affaire commentée pour l'application de l'article XIV de l'AGCS. Dans ce dernier cas, on pourrait plutôt parler d'une méthodologie développée en cinq phases, étant donné que la première phase consiste à analyser si le pays en cause a signé ou non des engagements dans le secteur de service impliqué.

L'accroissement des services électroniques provoquera, très probablement, l'invocation plus fréquente des exceptions aux règles de l'OMC, au nom d'objectifs d'ordre public. Dans ces circonstances, la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire commentée fournit-elle des éléments clés pour l'évaluation de l'utilisation des exceptions? Dans ce qui suit, on reproduit la méthodologie axée en cinq phases, tout en analysant phase par phase l'évaluation de l'exception qui est faite, et cela pour essayer d'identifier le modèle qui sera probablement suivi pour l'application de l'exception à l'article XIV de l'AGCS (ce qui présente également une utilité pour l'analyse du risque en cas d'adop-

tion de mesures qui pourraient être contraires aux règles de l'OMC dans le secteur des services).

– *Première phase*: déterminer si des engagements spécifiques ont été signés par le pays en question dans le secteur du service sous analyse ou si l'État membre peut maintenir une mesure non conforme avec le principe du «traitement de la nation la plus favorisée», du fait que cette mesure serait incluse dans la liste de l'annexe relative aux exceptions à l'article II de l'AGCS et respecterait les conditions qui y sont mentionnées.

L'Organe d'appel a interprété largement la portée de l'engagement contesté, ce qui a conduit à l'affirmation de l'existence de l'engagement.

– *Deuxième phase*: déterminer si la mesure en question est incompatible avec une règle de l'AGCS.

Sur ce point, l'Organe d'appel a apporté une vraie «clé» pour l'application des règles: une «prohibition totale» est équivalente à un «quota zéro» dans l'article XVI de l'AGCS. Ici à nouveau, comme dans la première phase, le raisonnement a tendu vers l'inclusion de la mesure analysée dans le champ de l'AGCS.

– *Troisième phase*: évaluer si les lois et réglementations au nom desquelles la mesure contestée est prise ne sont pas elles-mêmes incompatibles avec l'Accord Général.

Dans l'affaire commentée, l'Organe d'appel n'a pas considéré cette phase qui est analysée dans le cadre des cas concernant l'application de l'article XX du GATT. On constate toutefois que cette phase est appliquée quand une évaluation est faite au regard du paragraphe (c) de l'article XIV de l'AGCS.

– *Quatrième phase*: évaluer si les mesures sont «nécessaires pour assurer le respect» de ces lois et réglementations.

Dans cette phase, le Groupe spécial a analysé une question préliminaire, à savoir si les mesures contestées avaient pour finalité «la protection de la moralité publique ou le maintien de l'ordre public». Ceci semble l'approche correcte, laquelle doit être guidée par la note de bas de page n° 5, même si, comme signalé par l'Organe d'appel, cette note de bas de page ne crée pas l'obligation de déterminer explicitement et séparément que les conditions y énoncées sont respectées.

Par ailleurs, un autre apport important de la décision consiste dans le rejet de l'exigence que soient entamées des consultations bilatérales ou multilatérales comme condition préalable à la reconnaissance de l'absence d'alternatives raisonnables respectueuses des règles de l'OMC.

– *Cinquième phase*: évaluer «que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services».

En ce qui concerne la cinquième phase, la «leçon» à tirer des constatations de l'Organe d'appel est que la non-exécution de la loi face à des infractions observées au niveau national, alors que la loi est appliquée à l'égard des fournisseurs des pays tiers, ne peut être retenue comme une «discrimination arbitraire ou injustifiée» que si la situation est à ce point nette qu'elle constitue un modèle clair de conduite. Au contraire, quand la discrimination émane de la lettre de la loi elle-même et qu'elle a été invoquée par une des par-

ties, la partie défenderesse doit démontrer que cette discrimination est justifiée au nom d'un motif d'ordre public et

qu'elle n'est par conséquent pas «arbitraire ou injustifiée».

53

4. L'OMC et la régulation d'Internet

À l'époque où Internet fut lancé comme instrument pour pratiquer le commerce, la doctrine sembla hypnotisée par l'absence de frontières ou l'«indétermination géographique» du réseau. Mais quel devrait être le modèle régulateur d'Internet (s'il devait y en avoir)? Cette question emblématique a séduit les spécialistes de plusieurs branches juridiques, ainsi que les sociologues, philosophes, économistes, politologues, informaticiens, jusqu'aux gouvernements nationaux, aux organisations internationales, etc.¹⁹.

Une «déclaration d'indépendance du cyberspace»²⁰ a été adoptée, comme le paradigme d'un fort engagement (ou désir) pour maintenir l'internet comme un non-endroit de non-régulation, où le seul principe d'interaction doit être la «liberté». Une autre réponse (à nouveau paradigmatique) émergea: celle du «code»²¹ ou de la «lex informatica»²². La troisième ré-

ponse à la question emblématique citée ci-dessus fut «l'autorégulation»: la régulation élaborée par l'industrie elle-même est préférable à celle émanant de l'État. Cette dernière approche était principalement défendue par le gouvernement américain²³, les multinationales présentes en ligne (et représentées, notamment, par la Chambre du commerce internationale²⁴) ou certaines entités privées particulières (comme l'ICANN²⁵ et le CBDe²⁶).

Néanmoins, la réalité a prouvé que ces initiatives, seules, ne pouvaient pas toujours constituer une réponse adéquate quand des intérêts sociaux importants étaient menacés, quand certaines activités réalisées dans ce «non-endroit» avaient des conséquences dans des «endroits déterminés», tout en affectant des «gens déterminés». Dans certains cas même, la responsabilité de l'État pouvait être engagée, par exemple, en tant que garant des droits

19. Voy. J. BERLEUR et Y. POULLET, «Quelles régulations pour l'internet?», in *Gouvernance de la société de l'information*, Cahiers du CRID, n° 22, Bruxelles/Namur, Bruylant/Presses Universitaires de Namur, 2002, pp. 133-151; Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet*, Cahiers du CRID, n° 24, Bruxelles, Bruylant, 2004.

20. J.P. BARLOW, «A Declaration of the Independence of Cyberspace», 8 février 1996, disponible à: <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, dernière consultation le 27 avril 2005.

21. L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999; du même auteur, «The Law of the Horse: What Cyberlaw might Teach», *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, pp. 501-546.

22. J. R. REIDENBERG, «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», *Texas Law Review*, vol. 76, n° 3, 1998, pp. 553-584.

23. The White House, «A Framework for Global Electronic Commerce», 1^{er} juillet 1997, disponible à: <http://www.technology.gov/digeconomy/framework.htm>, dernière consultation le 27 avril 2005. Le premier principe développé était: «[t]he private sector should lead», et le second: «[g]overnments should avoid undue restrictions on electronic commerce».

24. International Chamber of Commerce, *A Global Action Plan for Electronic Business*, 3rd Edition, July 2002, disponible à: http://www.iccwbo.org/home/e_business/3rd%20Edition%20Global%20Action%20Plan%20no%20annex.pdf, dernière consultation le 27 avril 2005. Certains des principes énoncés stipulent: «The development of electronic business should be led primarily by the private sector in response to market forces», «Government intervention, when required, should promote a stable, international legal environment, allow a fair allocation of scarce resources and protect public interest. Such intervention should be no more than is essential and should be clear, transparent, objective, non-discriminatory, proportional, flexible, and technologically neutral», p. 9.

25. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (voy. <http://www.icann.org/>).

26. Global Business Dialogue on Electronic Commerce (voy. <http://www.gbde.org/>).

fondamentaux en jeu sur la toile, comme le droit au respect de la vie privée ou la protection des données à caractère personnel.

L'approche libertaire semble de plus en plus restreinte ... La «déclaration d'indépendance du cyberspace» a commencé à prendre l'eau depuis quelques années. Même si l'application de la loi dans des affaires judiciaires touchant Internet reste difficile, les États tendent à ne pas faire de différence entre leur juridiction dans le territoire dans lequel ils exercent leur souveraineté et l'internet, quand leurs citoyens sont affectés ou quand leur sécurité nationale est en jeu²⁷.

En décembre 2003, le Sommet mondial sur la société de l'information eut lieu à Genève, convoqué par les Nations unies et l'Union internationale des télécommunications. Une approche équilibrée par rapport à la régulation d'Internet, et de la société de l'information en général, a été défendue. La promotion d'un développement durable et le respect de droits de l'homme dans l'environnement digital ont été soutenus²⁸.

En regardant ce tableau, on peut s'interroger sur le rôle que pourrait tenir

l'OMC dans la régulation d'Internet. Pour l'heure, il n'est pas approprié de parler de «régulation d'Internet» dans le contexte de l'OMC, étant donné qu'il s'agit d'un terme si large qu'il inclut des aspects matériels qui sont hors de la compétence de cette organisation. En conséquence, si l'OMC peut jouer un rôle dans le commerce électronique, c'est avec la même portée et les mêmes limites qu'inscrites dans le GATT, l'AGCS et le TRIPS.

La doctrine s'est penchée sur la question de savoir si le cadre existant de l'OMC est adéquat ou non pour répondre aux spécificités et aux défis du commerce électronique²⁹. L'OMC n'a toutefois pas donné de réponse officielle sur ce point. En 2001, la Déclaration de Doha (Quatrième Conférence Ministérielle, Doha, Qatar³⁰) inclut un mandat pour entamer une négociation sur certaines questions, parmi lesquelles le commerce électronique. Auparavant, la Deuxième Déclaration Ministérielle de Genève³¹ avait établi un programme de travail afin d'examiner toutes les questions commerciales relatives au commerce électronique global. Un rapport sur les progrès aurait dû être fait à Cancun (Cinquième Conférence Ministérielle, Cancun, Mexique³²). Cependant, aucun résultat con-

27. Aff. *Yahool*, T.G.I. Paris, 20 novembre 2000, disponible à <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf>. US Patriot Act, Sec. 217 (voy. Sec. 1030: «the term 'protected computer' means a computer - (...) or (B) which is used in interstate or foreign commerce or communication, including a computer located outside the United States that is used in a manner that affects interstate or foreign commerce or communication of the United States»). US Can Spam Act, Sec. 12. Restrictions on other transmissions: «Section 227(b)(1) of the Communications Act of 1934 (47 U.S.C. 227(b)(1)) is amended, in the matter preceding subparagraph (A), by inserting ', or any person outside the United States if the recipient is within the United States' after 'United States'», disponible sur: <http://www.spamlaws.com/federal/108s877.shtml>. Voy. aussi: J.R. REIDENBERG, «Technology and Internet Jurisdiction», 153 *Univ. of Penn. L. Rev.*, 1951 (2005); du même auteur, «States and Internet Enforcement», 1 *Univ. Ottawa Tech. L. J.*, 213 (2004).
28. Déclaration de principes, Construire la société de l'information: un défi mondial pour le nouveau millénaire, Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F, 12 mai 2004, disponible sur: http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-00041MSW-F.doc, dernière consultation le 10 octobre 2005.
29. H. HAUSER et S. WUNSCH-VINCENT, «A Call for a WTO E-Commerce Initiative», *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 6, Winter 2000/2001; S. WUNSCH-VINCENT, «Electronic Services: Its Regulatory Barriers and the Role of the WTO», *University of St. Gallen*, July 2001.
30. La quatrième Conférence ministérielle de l'OMC (voy. http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/min01_f.htm).
31. La deuxième Conférence ministérielle de l'OMC (voy. http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min98_f/min98_f.htm).
32. La cinquième Conférence ministérielle de l'OMC (voy. http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min03_f/min03_f.htm).

cret n'a résulté de cette Conférence à ce sujet.

Le champ du commerce électronique proprement dit inclut des matières qui ne sont pas purement relatives au commerce. Ainsi, la Déclaration de Genève incluait, en tant qu'un des sujets à discuter, «la vie privée et la protection de données». En fait, de tels sujets sont considérés comme relevant des droits fondamentaux dans certains États membres (i.e. pays d'Europe et d'Amérique Latine). Quelle position assumerait donc l'OMC sur ce terrain?

Une large discussion doctrinale sur le commerce international et les droits de l'homme a pris place ces dernières années³³. Cette discussion a vu le jour essentiellement comme une des conséquences de ce qu'on a appelé la «crise de légitimité de l'OMC»³⁴. Néanmoins, même s'il semble peu probable que l'OMC vienne à assumer un rôle actif dans la régulation d'Internet (du moins dans un futur proche) et dans les aspects «non commerciaux» du com-

merce électronique, l'affaire analysée dans la présente contribution montre comment ces questions peuvent être réglées en se servant des outils régulateurs existants. Si des réglementations spécifiques étaient adoptées pour le commerce électronique, le système des exceptions (comme celle de l'article XIV de l'AGCS) devrait être maintenu pour les aspects non commerciaux. Toute autre approche nécessiterait une intégration politique plus approfondie, ce qui semble difficile pour le moment. Ainsi, le système des exceptions existant permet à l'Union européenne d'adopter certaines mesures restrictives pour garantir le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. Toute régulation au niveau de l'OMC pourrait constituer un risque de réduire la protection accordée aujourd'hui par la législation européenne en la matière. Ce qui arriverait si la «vie privée et la protection des données» venaient à être considérées comme des «droits du consommateur» dans la sphère du commerce électronique.

55

5. Conclusions

L'affaire brièvement commentée dans cet article est le premier exemple d'application de l'exception de l'article XIV de l'AGCS et est, en outre, le pre-

mier exemple concret de résolution de conflits au niveau de l'OMC dans l'environnement digital. Cette note n'a pas abordé la question de la pertinence ou

33. M. DELMAS-MARTY, «Commerce mondial et protection des droits de l'homme», in *World Trade and the Protection of Human Rights*, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 1-19; Th. FLORY et N. LIGNEUL, «Commerce international, droits de l'homme, mondialisation : les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du Commerce», in *World Trade and the Protection of Human Rights*, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 179-192; Ph. ALSTON, «Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann», *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2002, pp. 815-844; R. HOWSE, «Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity. Comment on Petersmann», *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 3 2002, pp. 651-660; E.-U. PETERSMAN, «Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston», *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4 2002, pp. 845-852; du même auteur, «The 'Human Rights Approach to International Trade' Advocated by the UN High Commissioner for Human Rights and by the International Labour Organization: Is it Relevant for WTO Law and Policy?», in *Preparing the Doha Development Round: Challenges to the Legitimacy and Efficiency of the World Trading System*, Conference Report, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florence, 2004.
34. R. HOWSE, «How to Begin to Think About the 'Democratic Deficit' at the WTO», disponible à : http://faculty.law.umich.edu/rhowse/Drafts_and_Publications/house7.pdf; R. HOWSE et K. NICOLAIDIS, «Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?», in, *Deliberately Democratizing Multilateral Organization* (M. VERWEIJ and T. JOSLING eds), n° spéc. *Governance*, vol. 16, n° 1, pp. 73-94.

non de la législation américaine en cause, mais a, par contre, tenté de tirer des leçons concernant l'approche faite par l'OMC des préoccupations non commerciales implicitement liées au développement des services électroniques. En fait, la manière dans laquelle les règles de l'OMC sont appliquées dans la sphère en ligne ne diffère pas spectaculairement de celle hors ligne (on a pu observer une cohérence entre l'application antérieure de l'art. XX du GATT et la présente application de l'art. XIV de l'AGCS). Cette affaire rappelle aussi que les pays ne sont pas obligés d'abandonner toutes leurs mesures d'ordre public et qu'ils peuvent veiller à leur application dans le contexte d'Internet. Un guide sur les limites à ce droit de réguler peut être tiré de l'analyse intégrale de l'application des articles XX (GATT) et XIV (AGCS). Le raisonnement décrit pourrait éventuellement servir à la construction d'un modèle de base permettant l'analyse des risques, à utiliser comme vérification préalable par les pays désireux

d'adopter des législations susceptibles d'être un obstacle au commerce mais répondant à une politique d'ordre public.

Le rôle de l'OMC en ce qui concerne la régulation d'Internet est limité à sa compétence actuelle. Avant même toute discussion d'envergure et tout positionnement de l'OMC en cette matière, une affaire concrète a été présentée et résolue dans le cadre de cette organisation. Ce peut être un signe pour réaliser qu'il n'est pas nécessaire d'adopter des mesures extravagantes dans ce domaine. Cela ne signifie pas pour autant que l'on ignorerait que certaines spécificités du commerce électronique réclament des adaptations appropriées. Toutefois, toute initiative devra veiller à ne pas inclure des matières qui ont été jusqu'ici réglées par le biais des exceptions (ce qui n'est pas «régler» au sens strict), à tout le moins tant que le niveau d'intégration politique et de compromis demeure équivalent au niveau actuel.